Etapas do processo hermenêutico

ANTONIO CARLOS DE CAMPOS PEDROSO
Prof. Associado da Faculdade de Direito da USP — Procurador de Justiça aposentado — SP

I. Introdução

A arte do direito consiste em explicitar, no âmbito de uma relação jurídica, o conteúdo do direito subjetivo e do dever jurídico de seus participantes. Compete-lhe, ainda, delimitar as conseqüências que decorrem desse posicionamento. Cabe ao intérprete esclarecer o que é devido e o que pode ser exigido na trama das relações de convivência social. A norma jurídica estabelece entre os membros da comunidade uma relação de reciprocidade entre os direitos e deveres que lhes são atribuídos. Assim sendo, deve o intérprete pesquisar o sentido da norma, revelando o **suum** de cada um. É um problema de índole axiológica, isto é, de justiça: dizer o que é justo no caso concreto, revelando, assim, o que é devido a cada um dos participantes da relação intersubjetiva.

A operação que leva a esse resultado prático é a interpretação. Ela se apresenta como uma operação lógica, mas exige, no final, um julgamento de valor porque, em última análise, o manejo dos textos legais é comandado pela prudência jurídica. Guilherme Sauer, referindo-se à interpretação judicial, diz que "o juiz deve criar uma norma adequada, isto é, a norma que garanta um resultado útil e justo à comunidade". Segundo o penalista alemão, esta é a norma concreta de configuração (1).

No presente trabalho, pretendemos estudar a demarche que o intérprete deve percorrer para o perfeito equacionamento do justo concreto. Como se apresentam ao intérprete os textos legais? Como pode o mesmo obter a solução justa para o caso concreto? Quais os momentos e critérios hermenêuticos cabíveis para a adaptação do direito às "exigências do bem comum", para a correção das contradições e para o preenchimento das lacunas? Tais são os obstáculos que devem ser superados para que se possa alcançar a justiça do caso concreto, que é, em última análise, a eqüidade.

Para bem compreender o processo hermenêutico, convém comparar a lei com a sentença: a primeira é uma norma genérica, criada pelo legislador para disciplinar e

BDJur

configurar comportamentos típicos; a segunda é uma norma individualizada, elaborada pelo juiz para dirimir conflitos de interesses e disciplinar o caso concreto. A lei é fruto do conceitualismo e da abstração. O tratamento generalizador a que se refere Heinrich Henkel é que carateriza a função do legislador. Este se preocupa com a formação jurídica de tipos. A configuração normativa é devida a procedimentos lógicos (conceitos, classificações, construções, presunções e ficções). O sistema não pode ter contornos duvidosos, inadequadamente definidos. O legislador retém o que considera essencial à formação do tipo legal, desprezando as notas características da conduta convivencial na sua realização concreta. O legislador compõe a estrutura do tipo. A lei só apreende o universal.

Esse tratamento esquemático não possibilita, **de per si**, a obtenção do direito justo e concreto. No direito normativo não se encontra o direito eqüitativo, do caso concreto.

À tipificação deve se seguir a individualização. Decorre esta do processo de aplicação dos esquemas normativos. O critério tipificador exige, necessariamente, a individualização dos preceitos genéricos contidos no sistema normativo. Aí intervém a sentença, que se revela como um ato de construção prudencial que possibilita a passagem do genérico ao concreto. A sentença é um ato de construção prudencial: de construção, porque o juiz, com base na norma genérica, que é o "dado", constrói uma de natureza específica, concretizando a **mens legis**; e prudencial, porque esta construção, embora vinculada às normas genéricas não deixa de levar em consideração os traços da situação conflitual. O juiz, com base na norma genérica, estabelece direitos e deveres de natureza concreta, atribuindo às partes do processo o que lhes é devido (**o suum**).

Em suma: a lei procede de um critério de tipificação: a sentença, de um critério de individualização. Esta lição vem corroborada por Reinhardt Maurach que se refere às "imagens retoras" da lei, as quais, por serem genéricas, devem ser prudencialmente adaptadas ao caso (2).

Comparando-se o direito legal com o direito judicial, chega-se à conclusão de que este último constitui necessária complementação do primeiro; que a tarefa complementar se realiza através da dimensão criadora da prudência; e que a resultante desse processo é a eqüidade, como justiça do caso concreto.

II. Dificuldades

Isto posto, retornamos à questão: quais as dificuldades inerentes aos textos legais? Quais as etapas que devem ser percorridas para a solução do dilema norma-caso?

Vamos indicar as dificuldades e apontar os meios de solução examinando os passos que o juiz deve percorrer para a elaboração da sentença. Contudo, é certo que as mesmas questões se colocam na hipótese de interpretação feita pelo administrador ao elaborar as decisões administrativas (atos administrativos especiais por oposição às resoluções, que são genéricas) e as partes ao compor o negócio jurídico (interpretação de ordem privada). As dificuldades serão ilustradas com o que se passa no âmbito do processo interpretativo judicial.

Vejamos que situações podem se colocar perante o magistrado quando este exerce a tarefa de atuação do direito. Preferimos partir do paradigma da interpretação judicial, por ser o mais expressivo. Mas, na realidade, idênticas perquirições devem ser feitas pelos demais agentes da interpretação.

De início, o juiz se defronta com a hipótese normativa, isto é, o tipo legal. Este abrange, em muitos casos, não só conceitos descritivos, mas, ainda, conceitos normativos, exigindo maior intervenção do magistrado. A hipótese normativa advém da construção conceitual. Mas, não é só: o enquadramento no tipo (subsunção legal) depende da apreciação das provas apresentadas, as quais, segundo ditames de ordem processual, serão livremente avaliadas pelo juiz. A apreciação das provas não decorre de critérios legais prefixados, mas de valorações do próprio magistrado, como determinam os artigos 131 do Código de Processo Civil e 157 do Código de Processo Penal. O juiz deve indicar, **ex vi legis**, seu convencimento. Há, portanto, valorações no ato de apreciar as provas dos fatos que constituem o objeto da pretensão deduzida na fase postulatória do processo.

As avaliações do magistrado começam a ocorrer já nesta fase de qualificação jurídica dos fatos, prolongando-se, ao depois, na mensuração das conseqüências. Abrangem a compreensão dos elementos descritivos, a construção dos normativos e a avaliação das provas que irão permitir o enquadramento definitivo do fato no momento preceptivo da norma.

Jurgenn Baumann esclarece: "As características do tipo que a lei emprega têm natureza extraordinariamente diferente. Existem, de um lado, características simplesmente descritivas, as chamadas características descritivas do tipo e, por outro lado, características que exigem do intérprete da lei uma valoração: são as características normativas do tipo. O deslinde entre as características descritivas e normativas é fluido. Também a característica normativa contém uma certa descrição e também a característica descritiva não é simplesmente descritiva. Neste sentido pode-se dizer que todas as características são mais ou menos normativas" (3).

Alguns exemplos podem ilustrar o que se afirma. No campo do Direito Civil, a lei do divórcio se refere à separação contenciosa no caso de "conduta desonrosa". Trata-se de conceito normativo de ampla extensão. Cabe ao juiz verificar todas as circunstâncias de cada caso como, **verbi gratia**, as que se referem à educação, sensibilidade do cônjuge, para decidir se se configura a falta grave.

No campo do Direito Penal, a caracterização da culpa, em qualquer de suas modalidades (imprudência, negligência ou imperícia) depende da consideração da previsibilidade. Esta resulta de um julgamento sobre as circunstâncias concretas do fato e a situação individual do agente. O acusado só responde pela previsão que ele poderia ter e deixou de ter. Outro exemplo: a medida da repulsa, na legítima defesa, depende da violência da agressão, mas é certo que entre uma e outra deve existir proporcionalidade. Cabe ao juiz apreciar esta proporcionalidade, não só com relação aos meios como também com relação ao grau. É a lição de Giuseppe Maggiore (4). Mas não é só: a mensuração da pena que se segue à apreciação do fato típico, antijurídico e culpável, deve ser justa. Deve o juiz fixá-la segundo o artigo 59 do Código Penal, que indica seis critérios, a saber: os antecedentes, a personalidade do réu, a intensidade do dolo ou grau de culpa, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime. Tais conceitos precisam ser avaliados para que haja equivalência entre a sanção e o fato antijurídico realizado pela pessoa do agente.

Em todas as disciplinas jurídicas encontram-se normas que contêm fórmulas generalizantes as quais dependem de avaliações para serem corretamente aplicadas.

A atuação do direito pressupõe esta tarefa: a aplicação dos princípios normativos aos casos que se apresentam à consideração do intérprete. A lei prevê situações típicas; o intérprete se defronta com casos concretos, muitas vezes conflituais. Por isso, surge a casuística.

Nota-se em toda a interpretação do conjunto normativo, que prevê corretamente tais situações típicas, a necessidade de um acertamento prévio para a aplicação equânime dos preceitos. Trata-se do aperfeiçoamento da ordenação sistemática. Sem essa contribuição do intérprete, o direito não se realiza, não evolui e não progride.

Uma segunda dificuldade a ser enfrentada é a que diz respeito às dissonâncias entre o texto expresso e seu sentido axiológico. Nesta hipótese, deve o intérprete realizar a interpretação construtiva, ampliando ou restringindo o alcance da norma para que a mesma se adapte à teleologia imanente ao sistema. Se a fórmula legal é mais estrita do que o pensamento que a ditou, abrangendo este caso que aquela exclui, impõe-se a ampliação do texto para que seja restabelecida a coincidência entre a norma e o exato sentido do preceito. Se, porém, o legislador disse mais do que pretendia dizer, cabe ao intérprete restringir o campo de ação sobre o qual a norma pode atuar. O emprego desses métodos para resolução das apontadas dissonâncias é outro acertamento necessário à correta aplicação do direito.

Em terceiro lugar, cabe referir aos **standards**. Distingue-se, na tipologia das normas jurídicas, normas de direito estrito e normas diretivas. Nem sempre a lei contém preceito preciso e rígido. A norma, muitas vezes, deixa às partes e ao juiz um poder razoável de apreciação das circunstâncias. Diz Pierre Pescatore que "o legislador se limita a apresentar uma diretriz, mais ou menos precisa, mais ou menos flexível, deixando larga margem de apreciação ao juiz ou uma margem de poder discricionário ao funcionário, segundo os casos" (5). São **standards** a regra relativa ao "prudente arbítrio do juiz" ou a que se refere ao poder discricionário do administrador que, atendendo à oportunidade e à conveniência de certas medidas, pratica o ato administrativo especial. Esta perspectiva metodológica possibilita melhor ajustamento da norma ao caso, exigindo do administrador e do magistrado a necessária complementação.

Em quatro lugar, há o problema da antinomia entre o preceito legal e as exigências da justiça. Como se deve proceder quando a norma particular existe, mas sua aplicação conduz a um resultado injusto? Diz Recasens Siches que a norma deve ser considerada inaplicável, optando o intérprete, no caso o juiz, pelos princípios gerais do direito e resolvendo o impasse de acordo com os critérios valorativos que inspiram o sistema. Na hipótese **sub judice**, cabe a pesquisa, por indução, dos princípios gerais do direito que são imanentes à estrutura normativa e que compõe a teleologia do sistema. Tais princípios possibilitam o afastamento da norma particular injusta.

Nas situações até agora examinadas, os textos legais apresentam-se, do ponto de vista técnico, adequados. Pela própria natureza do processo de tipificação, precisam ser devidamente interpretados por processos de complementação que, adiante, examinaremos. Há, porém, hipóteses em que a simples intepretação não basta. Os textos legais podem conter deficiências, revelando preceitos que se contradizem ou que são falhos na sua estrutura. Os textos legais podem conter antinomias normativas ou lacunas, denunciando, no primeiro caso, uma situação de incoerência e, no segundo, uma situação de insuficiência. Assim sendo, o direito deficiente é o que contém preceitos conflitantes ou revela falta de previsão normativa para o caso concreto.

As antinomias normativas constituem a quinta dificuldade. Antinomias são incorreções ou falhas de ordem lógica e sistemática. O sistema jurídico é incoerente quando suas normas traduzem prescrições contraditórias. O sistema jurídico não pode conter uma norma que ordena e outra que proíbe a mesma ação, em idênticas

circunstâncias. Já dizia Modestino que a virtude da lei consistia em quatro preceitos: imperar, vetar, permitir e punir. O sistema não pode consagrar ao mesmo tempo opções que se excluem reciprocamente. Antes de decidir o caso, deve o juiz eliminar as antinomias. Isto exige a interpretação prévia para constatar as antinomias e a correção posterior para sanar o defeito. Descobrindo a norma preferencial, cabe, ainda, ao magistrado interpretá-la para a sua aplicação ao caso concreto.

A sexta dificuldade diz respeito às lacunas do sistema. O que são e como surgem tais defeitos? A contextura do ordenamento jurídico exige que as proposições normativas que formam suas instituições e ramos sejam devidamente articuladas. Contudo, é evidente que, não tendo o legislador possibilidade de prever todas as hipóteses possíveis, deixe de se referir a situações que necessariamente deveriam ser previstas. A expressão "necessariamente" indica, desde logo, que se trata de situações decorrentes das próprias "exigências estruturais do sistema". A regulamentação, por força da expansão dos princípios axiológicos consagrados pela ordenação sistemática, deveria surgir. Não se trata de falha axiológica, isto é, carência de norma justa. Parte-se do pressuposto de que os valores foram consagrados pelo sistema. A regulamentação é que não se coaduna, por completo, com os mesmos.

Segundo o artigo 126 do Código de Processo Civil, o juiz não pode deixar de sentenciar a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei. Logo, deve o magistrado, através de processos de integração normativa, a saber, a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito e a eqüidade, integrar o sistema. Excetuando-se a eqüidade, que está necessariamente presente em toda e qualquer interpretação, correção e integração, o artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil se refere aos três primeiros métodos acima referidos. O juiz não pode aplicar a norma imediatamente. Antes de converter a norma genérica na norma específica da sentença, precisa enfrentar e suprir os vazios do sistema legal, procedendo ao acertamento prévio das prescrições. Deve o juiz elaborar a própria norma que servirá de base à decisão.

Nesta altura, convém salientar que toda a compreensão do direito legislado está na dependência dos princípios gerais do direito. Embora o legislador proclame que em caso de lacuna deve-se apelar a tais princípios, na realidade torna-se impossível interpretar qualquer norma jurídica sem o apoio dos mesmos. A interpretação é pesquisa, no contexto normativo de cada instituição do princípio axiológico que a anima. Logo, os princípios gerais do direito estão presentes em todas as fases do processo hermenêutico.

A sétima dificuldade é a que se refere à descoberta e identificação dos princípios diretivos superiores. Para alcançar as bases do sistema legal, deve o intérprete ascender por indução amplificadora, das normas particulares às proposições axiológicas. O justo concreto sempre envolve a aplicação de um princípio geral do direito. É o recurso aos princípios gerais que possibilita o cumprimento da exigência contida no artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual, na aplicação da lei, o juiz deverá atender às "exigências do bem comum".

A pesquisa dos princípios axiológicos constitui tarefa prévia de imprescindível valor para a indicação da solução justa do caso concreto.

III. Métodos de solução

Como se verifica da apresentação das dificuldades a serem resolvidas pelo intérprete, há sempre um dilema entre a norma e o caso. É o que salienta Del

1-39-C
SÃO PAULO

Vecchio, **in verbis:** "O caráter genérico do Direito dá origem a uma dificuldade grave e contínua, na aplicação do Direito mesmo. Dada a norma, ainda não temos com isto a solução dos casos concretos que a vida pode apresentar. É necessário todo um trabalho, que deve ser realizado cada vez, para aplicar a norma abstrata e aderi-la à realidade concreta"(6).

A passagem do genérico ao específico constitui a individualização. Consiste na determinação circunstanciada do fato e de suas conseqüências (pretensões e correlatos deveres jurídicos), bem como na descrição precisa de possível transgressão e de suas conseqüências (sanções jurídicas), acompanhados tais elementos da indicação exata dos pretensores e obrigados.

O caso concreto passa a ser objeto de disciplina complementar, encontrando-se, mesmo assim, sob a égide de norma genérica. Há, apenas, limitação da normatividade, apta a abranger, tão-somente, a situação concreta.

A solução do caso deve traduzir o justo concreto almejado pelos preceitos normativos.

Este é o objetivo da interpretação. Cabe-lhe não só dar continuidade ao ordenamento jurídico, como contribuir para sua evolução e progresso.

Para equacionar os dados da questão, os romanos já preconizavam três tipos de ações correspondentes às deficiências encontradas no ordenamento e decorrentes dos fatores que tentamos explicitar: aperfeiçoar, suprir e corrigir o Direito Civil.

Isto posto, pensamos que tais critérios podem ser propostos para a coordenação racional dos métodos de interpretação.

De um modo geral, pode-se dizer que a aplicação do Direito implica uma das seguintes tarefas: de atuação **adjuvandi causa**, isto é, de adaptação da norma para que a eqüidade seja realizada, de atuação **corrigendi causa,** isto é, correção normativa para que as antinomias sejam eliminadas; e de atuação **supplendi causa,** integração normativa para que as lacunas sejam preenchidas. Na primeira hipótese (desenvolvimento do direito) devem ser consideradas as circunstâncias contingentes que escaparam à previsão normativa, as quais possibilitarão a solução justa e adequada do caso concreto; na segunda, a tarefa é mais complexa porque, antes desse acertamento (o justo concreto) deve ser verificada a norma preferencial a ser aplicada, a qual resulta da aplicação dos procedimentos de correção normativa; e, finalmente, na terceira hipótese, cabe o preenchimento das lacunas pelos procedimentos de integração normativa indicados para a elaboração da norma nova que permitirá a solução do caso.

Vejamos como se desdobram as operações relativas a cada uma dessas atuações.

Atuação "adjuvandi causa"

Constituem operações relativas à atuação **adjuvandi causa**: extrair da generalidade da norma o preceito específico que irá disciplinar o caso concreto; estabelecer, para tanto, as valorações que correspondam aos conceitos normativos constantes do fato-tipo dos mesmos preceitos; resolver as dissonâncias entre os textos expressos e o sentido axiológico que anima o sistema legal; descobrir, com prudência, o conteúdo de valor que deve ser inerente aos preceitos legais que apenas contêm **standards** afastar a aplicabilidade da norma que, no caso concreto, vulnera a teleologia imanente ao sistema legal.

A primeira operação pressupõe o Direito correto, isto é, aquele que contém preceitos genéricos que não necessitam de reparos prévios podendo, assim, ser

aplicados, de imediato, ao caso concreto. As etapas a serem percorridas, para esta situação, estão consubstanciadas em três métodos: o semântico, o sistemático e o teleológico. Pierre Pescatore, aludindo a esses três procedimentos, diz que, em última análise, eles se referem, respectivamente, ao texto, ao contexto e à finalidade da lei. Salienta mais que, a rigor, a interpretação semântica, a sistemática e a teleológica constituem momentos de um só e mesmo processo. Acrescenta ainda que o raciocínio jurídico não será correto se não for alicerçado simultaneamente nos três métodos. Assim se manifesta o citado jurista: "a doutrina da interpretação indica uma progressão das **demarches** interpretativas procedendo ao texto ou contexto e, a partir desse ponto, à questão do objetivo e fim das disposições jurídicas"(7).

Nesta ordem de idéias, é importante salientar que a interpretação deve ser norteada pelo propósito da norma, que é a realização dos valores sociais. Por isso, a interpretação assim se define: pesquisa, no contexto normativo de cada instituição, do princípio axiológico que a anima, a fim de que esse mesmo princípio posssibilite a compreensão do preceito aplicável à espécie ou indique a existência de um direito incoerente ou inacabado. Interpretar a lei, diz Clóvis, é revelar o pensamento que anima as suas palavras.

A essência do processo interpretativo é a pesquisa do sentido axiológico dos preceitos que estão inseridos no sistema normativo. Miguel Reale salienta que toda interpretação é, por natureza, teleológica, fundada na consistência axiológica do sistema.

Para esse processo compreensivo são passos iniciais a interpretação denominada semântica e a sistemática.

Vejamos o que significa a interpretação semântica. Diz Pierre Pescatore que "esse método tem por objeto a apreciação dos signos do texto legal. Estamos habituados a falar a este propósito de interpretação textual, literal, ou ainda gramatical; entretanto, a expressão método semântico significa mais do que estas interpretações: ele coloca em relevo o fato de que as palavras e as orações de um texto legal são portadores de um sentido, de um significado"(8).

As palavras da lei podem sofrer alterações semânticas, podendo assumir diferentes significados. É o que pode ocorrer com toda expressão dos textos legais. Para que estes possam ser suscetíveis de aplicação aos casos concretos torna-se necessário atender ao impacto de valorações novas que podem ocasionar novo entendimento dos mesmos textos. Além disso, cumpre assinalar a intercorrência de outras normas que interferem na linha de interpretação dos esquemas normativos. Tais situações estão convenientemente anotadas por Miguel Reale. Mas não é só: as mesmas palavras podem ter, nos diferentes ramos do direito, significados diferentes já que os mesmos definem, por sua conta, os conceitos de que se utilizam. Interfere em tudo isto o problema do "conceitualismo jurídico", entendido este como o conjunto dos processos utilizados para a elaboração do sistema normativo.

Pelo método semântico, o intérprete chega à análise do sentido exato dos vocábulos e das proposições. Atinge assim a compreensão, sob o ponto de vista sintático, da norma legal. Passa a entender o que a norma expressa.

Os substantivos, adjetivos, verbos e conjunções são signos que revelam o entendimento da norma. Além disso há a linguagem técnica: esta consiste na análise dos conceitos jurídicos descritivos ou normativos, determinados ou indeterminados, os quais revelam a significação jurídica hábil ao entendimento do texto. Tem razão Kelsen quando assinala que as normas comportam um "marco de possibilidades" porque o legislador se utiliza, propositadamente ou não, de conceitos indeterminados. Deve-se atender à extensão e compreensão destes para a correta apreciação do sentido e alcance dos preceitos normativos.

Diz Pescatore que o trabalho interpretativo consiste, nesta fase, em "procurar, desnudar, classificar e analisar com todo o cuidado os textos aplicáveis para determinar o que eles podem transmitir".

Este método, salienta o citado jurista, é acrítico, já que não interroga sobre a justificação intrínseca do preceito. Exige complementação pelos outros métodos: o sistemático e o teleológico(9).

A interpretação em estudo cuida, portanto, de apreciar o texto sob o prisma dos elementos de ordem gramatical. Mas não basta delindar o texto em si. É preciso estabelecer sua correlação com o contexto, à luz de sua finalidade.

O método sistemático se destina ao segundo objetivo: verificar o significado da norma no conjunto do ordenamento jurídico. Não é suficiente deslindar os elementos integrantes da estrutura normativa: o fato, a prestação, a transgressão e a sanção, bem como os respectivos destinatários. A norma se insere no sistema. É preciso ver o significado da norma no conjunto do ordenamento jurídico.

Toda norma jurídica faz parte de um sistema. Tem razão Hans Kelsen ao salientar que o Direito é um sistema de natureza dinâmica. Há um princípio dinâmico capaz de articular, em forma de sistema, todas as normas jurídicas. Esta articulação se dá de forma gradual dentro do ordenamento jurídico. A conformação interna do sistema revela a existência de um todo unitário, coerente e pleno.

Assim sendo, a análise da disposição normativa no contexto tem por objetivo elucidar o sentido que a mesma adquire em confronto com as demais normas do sistema.

A interpretação sistemática provém do fato de que o ordenamento jurídico constitui uma unidade objetiva, como assinala Hans Nawiasky.

Realmente, as palavras podem mudar de significado segundo o contexto em que são empregadas. Assim sendo, o entendimento proveniente do método semântico é provisório, necessitando de convalidação pelo processo sistemático.

As fases desse procedimento são três: a análise do contexto formal, a do sistema material e a do contexto hierárquico. É o que preconiza Pescatore(10). Considerando-se o primeiro aspecto (formal), é necessário localizar o preceito dentro do capítulo, o capítulo dentro do título e o título dentro da secção, e assim por diante. Cumpre atender a divisão sistemática da matéria no Código. Levando-se em conta o segundo aspecto (material), deve-se considerar a visão normativa da instituição a que a norma pertence. Esta colocação já revela os princípios gerais que dimensionam as normas particulares. Finalmente, é mister não esquecer o contexto hierárquico. Sabemos que, segundo o princípio da hierarquia, formulado por Hans Kelsen, as normas estão distribuídas em degraus ou patamares, havendo, entre elas, relações de compatibilidade no plano vertical. Umas se subordinam às outras tendo por base a norma fundamental. As normas jurídicas estão articuladas de forma gradual dentro do sistema. Elas constituem parte do todo do sistema. O processo da dinâmica jurídica demonstra a existência desses níveis distintos dos preceitos normativos. O conteúdo de uma norma já vem predeterminado pelo conteúdo da norma que lhe é superior. Logo, não se pode interpretar um regulamento administrativo sem levar em consideração a norma legal que constitui seu suporte. Não se pode interpretar esta última sem estabelecer conexão com a Constituição. Em suma: a norma fundada só pode ser compreendida à luz da norma fundante.

A interpretação sistemática, permitindo estabelecer ligações entre a norma e o ordenamento, dá ensejo a uma nova compreensão do preceito, possibilitando sua aplicação em harmonia com o sistema.

A terceira etapa do processo hermenêutico é a da interpretação teleológica. Toda interpretação, como dissemos, é fundada sobre a teleologia imanente ao sistema. As normas jurídicas consagram valores sociais. Realmente, a norma jurídica tem por objetivo disciplinar a conduta social para que os seres humanos possam, num clima de respeito mútuo, atingir seus próprios objetivos — os fins existenciais. A fonte axiológica do direito é constituída pelos valores da pessoa humana. O jus e o **debitum** fundamentam-se, em última análise, no estatuto ontológico da pessoa humana. Logo, a norma jurídica não pode ser apreciada apenas no seu significado semântico e na sua formulação lógica. É imprescindível destacar o aspecto substancial, descobrir os esquemas de valor que a estrutura lógica exprime. Além da revelação da norma decorrente do seu sentido lógico, é certo que a norma participa dos objetivos das instituições e do sistema no qual se insere. O sistema contém, necessariamente, uma hierarquia de valores que as normas traduzem. A hierarquia normativa já implica a hierarquia axiológica. O sentido teleológico é imanente ao sistema, estando ínsito no próprio processo de conversão de uma norma a outra. Por isso, é a teleologia imanente ao sistema que proporciona subsídios necessários à sua correta interpretação. A essência do ato de aplicação do direito, como esclarece Helmut Coing, deve revelar, antes de mais nada, os valores em que se assenta a norma jurídica(11). Da interpretação teleológica promana a justificação intrínseca do preceito, já que ela atualiza as decisões de valor consagradas pela lei.

Atuação "corrigendi causa"

Constitui objetivo da atuação **adjuvandi causa** manter a coerência do ordenamento jurídico. Pode este apresentar algumas vezes antinomias, isto é, contradições entre preceitos, as quais não podem subsistir. O sistema jurídico é a ordem jurídica global destinada a reger determinada sociedade. Decorre da coordenação lógica de todas as normas contidas, implícita ou explicitamente, no Direito Objetivo. A ordem jurídica resulta da coordenação racional, segundo determinados valores, das normas particulares em instituições; das instituições nos ramos; e dos ramos no próprio sistema. A estrutura formal reflete o sentido de valor que anima todo o sistema normativo assim concebido. A ordem jurídica deve constituir-se num todo único e homogêneo, sendo portadora dessa coerência, a fim de que os preceitos normativos não sejam conflitantes entre si ou com os princípios gerais. A unidade, a coerência e a plenitude constituem as notas distintivas do sistema, segundo lição de Norberto Bobbio. Esta complexidade pode dar origem a normas que contêm preceitos antagônicos.

A unidade conceitual pode ser comprometida à medida que o legislador, caminhando do simples ao complexo, regula as instituições, os ramos e o próprio sistema. A multiplicidade de normas pode afetar a compatibilidade dos preceitos normativos. Contudo, só podem coexistir normas compatíveis. Uma norma impositiva, absoluta, cogente não pode coexistir com uma dispositiva, facultativa ou permissiva que venha a dispor sobre a mesma matéria tendo o mesmo âmbito de validez temporal, espacial e pessoal. Quando ocorrem situações semelhantes a esta, apresentam-se as antinomias normativas. Norberto Bobbio diz que antinomia é "aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade".

O Direito não pode permitir o contraste entre seus preceitos.

As antinomias devem ser eliminadas por procedimentos adequados (atuação **corrigendi causa**). Carnelutti assevera que a incoerência implica "a existência de uma norma a mais e, pois, uma exuberância normativa", sendo a "purgação normativa" o remédio adequado(12).

Ao contrário do que ocorre com relação às lacunas, cujos critérios de solução acham-se especificados no artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, as antinomias devem ser resolvidas por processos lógicos que a doutrina esclarece.

As antinomias a que nos referimos são denominadas, com mais propriedade, antinomias aparentes ou solúveis. Quando as contradições não podem ser eliminadas, surgem as antinomias reais ou insolúveis. Neste caso, configura-se a "lacuna de conflito", isto é, uma norma elimina a outra, de modo que o direito permanece inacabado. As estipulações anulam-se reciprocamente. Deve-se apelar, nesta hipótese, ao suprimento das lacunas, conforme estudaremos no item seguinte.

Duas operações são indicadas para a resolução das antinomias; uma relativa à sua descoberta e outra relativa à sua eliminação.

O processo de descoberta corresponde à interpretação que deve ser realizada segundo as etapas já analisadas acima. A correção normativa evidencia o processo para a obtenção da norma a ser aplicada.

Segundo a doutrina, existem três critérios de solução: o critério cronológico, o hierárquico e o da especialidade. O critério cronológico permite resolver a contradição apresentada por duas normas sucessivas, situadas no mesmo plano da pirâmide kelseniana. Se duas normas incompatíveis se sucedem no tempo, é válida a norma posterior. O critério da hierarquia decorre da construção gradualística do sistema. A norma que se situa no patamar superior predetermina o conteúdo e a forma de produção da norma do patamar inferior. Logo, prevalece a norma superior. O critério da especialidade diz respeito à resolução da incompatibilidade entre uma norma geral e uma especial. Esta há de prevalecer já que ela estabelece tratamento diferenciado para determinadas situações jurídicas, constituindo exceção à norma geral.

Diz Alberto Trabucchi que "o direito comum contém normas ditadas em geral para todas as relações de um determinado tipo, enquanto o especial forma um conjunto próprio e característico, o qual visa satisfazer particular exigências da vida e se refere a matérias, a circunstâncias bem determinadas, ou a pessoas que exercem funções ou atividades típicas"(13). Devendo-se atender ao tratamento diferenciado, a norma especial é a que prevalece.

Tais critérios, como observa Gavazzi, não são completos. Além disso, nem sempre são coerentes(14). Contudo, permitem resolver grande parte das antinomias aparentes. Se inexiste possibilidade de remoção do conflito, ocorre a antinomia real. A solução desse impasse deve ser encontrada no afastamento de ambas as normas e na aplicação dos procedimentos que suprem as lacunas.

Atuação "supplendi causa"

Dá-se a atuação **supplendi causa** quando o juiz, verificando, de antemão, a carência da norma para a solução do caso concreto, preenche a omissão por intermédio de procedimentos adequados que o próprio sistema indica.

O procedimento de integração normativa é o método para a solução dessa omissão legal.

Vejamos, então, em que consiste a lacuna e quais as etapas do processo adequado ao preenchimento dessa falha.

Convém ressaltar que a insuficiência ocorre no plano do legislador. Foriers explica que as lacunas dizem respeito "ao conjunto das regras onde o juiz pode ou deve empreender sua procura para decidir uma causa determinada" (15). É evidente que, no plano da jurisdição, a omissão será corrigida, mas o juiz, para efeito de solução do caso **sub judice**, integrará o sistema, por meio de processos hermenêuticos convenientes.

O que são as lacunas?

O conceito de lacuna não pode abarcar todas as possíveis falhas do sistema. As formas de expressão do Direito podem estar sujeitas ao fenômeno da falta da autenticidade, da incoerência e do inacabamento. A linguagem do sistema legal pode traduzir essas três possibilidades.

O sistema em cujo interior existem preceitos que não se harmonizam com os princípios da justiça é falho sob o ponto de vista da autenticidade moral. O paradigma para aferição dessa dissonância é o Direito Natural. Realmente, o **jus naturae** é o conjunto das exigências de ordem moral, deduzidas da natureza humana. Alicerçado na Antropologia Filosófica (dimensões do ser humano) e na Ética Social (agir humano nas relações **ad alterum**), o Direito Natural culmina por indicar princípios que representam a estrutura necessária de toda a construção jurídica. É o que os juristas denominam a "idéia do direito". Como salienta A. Verdross, "o direito positivo não tem somente substrato sociológico: tem também um fundamento normativo. Se por um lado se apóia com base firme nos fatos sociológicos, está ancorado, por outro, no reino dos valores, dos quais deriva sua força obrigatória" (16).

O sistema em cujo interior se encontram normas que colidem com os ideais da justiça, proclamados pelo Direito Natural, é um sistema falho, sob o ponto de vista da sua autenticidade moral. Tais falhas podem constituir "lacunas axiológicas". O sistema é imperfeito porque falta a norma justa para a solução do caso concreto.

Não é esta a "lacuna" no sentido que nos interessa. A expressão lacuna axiológica só pode ser aplicada a esta situação por "metáfora", segundo esclarece Zygmunt Ziembinski (17).

O sistema, que padece a incoerência, é aquele no qual são inseridos preceitos contraditórios. Esta situação, já estudada anteriormente, não pode ser compreendida no conceito de lacuna. Só por metáfora se pode aludir à "lacuna lógica" como esclarece o citado jurista polonês.

Lacuna é a última das três hipóteses acima enumeradas. É uma falha de linguagem que resulta na deficiência do inacabamento do sistema.

Para a elaboração das normas jurídicas, o legislador parte da adoção de certo esquema de valores. Algumas vezes, deixa de prever situações que esse esquema estava a exigir, necessariamente. A falha não é, portanto, de ordem axiológica, mas decorre da própria construção.

Aí está a lacuna.

Mas não se pode falar em lacuna quando o legislador não insere, no ordenamento jurídico, a norma justa. Igualmente, não se pode falar em lacuna quando duas disposições contraditórias se anulam reciprocamente.

Lacuna não é, portanto, a situação de antinomia nem a de carência da norma justa.

Lacuna é fenômeno que decorre da construção legislativa que, tendo em vista determinados valores sociais (ordem, segurança, paz, solidariedade) e dispondo de certos meios técnicos (o processo de tipificação normativa) não consegue atingir situações que deviam ser reguladas em decorrência do próprio plano adotado. Os valores imanentes à construção demandavam resposta a certas questões, mas estas não foram enfrentadas pelos preceitos normativos expressos. O legislador deixou de inferir todas as conseqüências que a natureza lógica da construção reclamava, apresentando-se esta de forma inacabada.

Lacuna é, no conceito de Pierre Pescatore, "a omissão de lei na resolução de uma questão que devia, necessariamente, ser resolvida" (18). A complementação faltante é a que provém da exigência da "teleologia imanente ao sistema", como se expressa Claus Wilhelm Canaris (19).

Entendemos por lacuna a carência de preceito normativo que, em decorrência dos princípios axiológicos, consagrados pela ordenação sistemática, deveria de forma expressa e necessária a esta pertencer.

Isto posto, indagamos: quais as etapas que devem ser percorridas para o preenchimento dessas omissões?

A solução preconizada pelo artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil indica três métodos: o da analogia, o do recurso aos costumes e o da aplicação dos princípios gerais do direito. A doutrina acrescenta mais um: o critério da eqüidade. Realmente, este último preside a todo e qualquer processo hermenêutico. A eqüidade não é recurso extraordinário. É a justiça do caso concreto, necessária à aplicação prudente de toda e qualquer norma jurídica. É a precisa lição de Recasens Siches (20).

A analogia é o primeiro critério indicado para o preenchimento das lacunas. Segundo Hans Nawiasky, consiste a analogia na "aplicação de uma norma a um suposto similar ao que ela contempla, em virtude da igualdade de fundamento" (21).

Existem dois casos semelhantes: o previsto e o não previsto. O primeiro se resolve por simples subsunção normativa; o segundo, por via oblíqua, porque contém elementos relevantemente semelhantes aos da descrição normativa do caso previsto. Justifica-se, assim, a aplicação da mesma norma porque os dois casos visam à realização de idênticos valores.

O método teleológico, já estudado, é uma etapa preliminar. É ele que revela serem os fins visados pela norma do caso previsto idêntico aos que decorrem da análise do caso não previsto. É o mesmo método que indica a necessidade de se recorrer à integração para resguardar a unidade do sistema e a solução justa da espécie.

Por isso, o juiz deve construir a norma nova, contendo esta as condições de aplicação do caso não previsto e o dispositivo (conteúdo das conseqüências) do caso previsto, estando sempre vinculado às valorizações imanentes e latentes do ordenamento jurídico segundo expressivo dizer de Betti (22).

O emprego da analogia depende dos seguintes elementos: a) uma semelhança, de caráter relevante, entre elementos das duas situações, a prevista e a não prevista; b) identidade de fundamento axiológico relativo às hipóteses em estudo; c) transposição, por procedimentos lógicos adequados, do dispositivo referente à hipótese prevista para a não prevista.

Delimitado o conceito, duas considerações se impõem: uma de ordem lógica; e outra, de ordem epistemológica. A primeira diz respeito aos argumentos analógicos;

a segunda, sobre a validade ou eficácia jurídica do resultado desses mesmos argumentos.

O argumento que convém à analogia é conhecido por "raciocínio por semelhança ou exemplo". Jacques Maritain ensina que a analogia é uma "indução parcial e imperfeita, na qual o espírito passa de um ou de alguns fatos singulares (ou de uma enumeração parcial) não a uma conclusão universal, mas a outra enumeração singular ou particular, que ele infere em virtude de uma semelhança". Diz mais que se trata de "um esboço de indução, uma indução que fica a meio caminho"(22).

Os argumentos analógicos são três: a argumentação **a pari, per analogiam,**, ou **a simili**; a argumentação **a fortiori,** que inclui a argumentação **a maiori ad minus e a minore ad maius**; e a argumentação **a contrario**.

Diz o Professor Goffredo Telles Júnior que a argumentação **a pari** é "aquela em que a conclusão aceita uma asserção, pela mesma razão que asserção anterior é aceita no antecedente" a argumentação **a fortiori** é "aquela em que a conclusão aceita uma asserção, com mais razão do que a que justificou a aceitação da asserção semelhante no antecedente"; e a argumentação **a contrario** é "aquela em que a conclusão aceita uma asserção por razão contrária à que justificou, no antecedente, a aceitação da asserção contrária"(23). O argumento **a fortiori**, por sua vez, apresenta-se sob dupla forma: **a minori ad maius** e **a maiori ad minus**. Consiste o primeiro, segundo Kalinowski, em "inferir uma proibição mais importante a partir de uma proibição considerada menos importante"; consiste o segundo "em se inferir de uma autorização de maior grau uma de menor grau, implicitamente contida na primeira" (24).

Tais raciocínios conduzem, como deixou patente o conceito de Jacques Maritain, a uma indução imperfeita. Denota, por isso, conseqüências prováveis. Assim sendo, sob o ponto de vista jurídico, em que deve preponderar o valor do resultado (o justo), o raciocínio só pode ser aceito se atender aos princípios axiológicos que ditaram as instituições. Deve ser julgado à luz da prudência, como bem adverte Kalinowski.

Karl Engisch, citando preceito do Direito Romano, demonstra que, embora formalmente corretos, os raciocínios analógicos não podem ser, desde logo, utilizados para fins hermenêuticos. É preciso julgá-los à luz das conseqüências que irão produzir. O exemplo é o que segue. A lei das Doze Tábuas diz que "o proprietário de um animal quadrúpede responde pelos prejuízos que o animal venha a causar". Se estes prejuízos forem causados por um bípede, qual é a responsabilidade do proprietário? O argumento **a simili** indica que o bípede tem certas semelhanças com o quadrúpede, sendo ambos perigosos e capazes de provocar prejuízos. O argumento **a contrario** demonstra que a prescrição válida para o quadrúpede não pode valer para outros animais de características diferentes, excluídos, expressamente, da regulamentação normativa. Considerações de ordem axiológica levaram à admissão, no Direito Romano, do primeiro argumento porque só este atendia à finalidade imanente a instituição da responsabilidade civil (25).

A argumentação por analogia conduz a uma demonstração apenas provável. Tal situação exige algumas ponderações de ordem epistemológica. A indução parcial e imperfeita, acima definida, não conduz à certeza do silogismo porque versa sobre o provável. A conseqüência do raciocínio não consiste num conhecimento certo, mas numa opinião. As proposições prováveis apóiam-se em razões apenas convincentes, não excluindo, porém, outras de certo peso.

Nesta ordem de idéias, forçoso é convir que o raciocínio por analogia não pode ser empregado sem maiores cautelas. Deve ser controlado pela prudência. É preciso atentar à sua eficácia jurídica, em cada caso, verificando-se o valor do resultado a que o mesmo conduz. A correção material de decisão judicial é o que, em última análise, deve prevalecer. Por isso, Georges Kalinowski salienta que a interpretação está sujeita a regras lógicas e extralógicas: as primeiras dizem respeito aos argumentos analógicos já estudados, a segunda, às indicações que emanam da prudência judicial relativamente à solução justa. Constitui objetivo da interpretação extrair o sentido de valor que anima os esquemas normativos.

Para concluir, convém ressaltar que a analogia propriamente dita é a analogia **legis**. Este é o processo que acima estudamos. A analogia **juris** se confunde com os princípios gerais do direito. No raciocínio por analogia (**legis**), a ampliação contida na norma para o caso não previsto é limitado e particular. Não se pode ascender a uma proposição universal pela analogia. A "analogia **juris** leva a um princípio genérico, por ser extraída de um complexo mais amplo, isto é, do sistema. Atinge os princípios gerais do direito. É o pensamento de Del Vecchio que adotamos (26).

A analogia **juris** não é hábil a caracterizar o procedimento de integração normativa em foco. Diz respeito a outro procedimento (o dos princípios gerais do direito) que tem pressupostos diversos.

O costume vem a ser o segundo critério legalmente indicado para o suprimento das lacunas. Trata-se de uma forma de expressão de prescrições normativas. Alexandre Correia e Gaetano Sciascia assim o definem: "observância geral, constante e uniforme de uma regra de conduta por parte dos membros da comunidade social, convencidos de sua correspondência a uma necessidade jurídica" (27). Como se verifica do conceito, são elementos necessários à sua configuração: um de ordem material, elemento objetivo, externo (**o corpus**); e outro, de ordem psicológica, elemento subjetivo, interno (**o animus**). Ocorre que, ao lado do **jus scriptum** continua a figurar o **jus non scriptum**, mas não pode haver, entre eles, contraposição. Não pode haver concorrência entre lei e costume porque o sistema é uno. Uma coisa é a formação do costume, que independe da lei; outra, sua plena eficácia, que depende de convalidação legal. O poder do costume está sempre na dependência da coincidência entre sua **ratio juris** e a da ordem legal, como assinala Betti. A eficácia das normas costumeiras está condicionada à realização dos propósitos que animam as normas legais, à teleologia imanente ao sistema.

Nesta ordem de idéias, pode-se divisar três espécies de costumes: o costume **secundum legem**, interpretativo da lei; o costume **praeter legem**, integrativo da lei; e o costume **contra legem**, revogatório da lei. Este último, por se encontrar em antinomia com os preceitos legais, não pode prevalecer; o primeiro, estando reconhecido e formulado na lei, serve para complementá-la. O costume completa a lei ou preenche suas lacunas.

Para fins de integração normativa, só nos interessa o costume **praeter legem**. A Lei de Introdução ao Código Civil, por reenvio expresso, possibilita sua aplicação para o suprimento das lacunas.

Quais são as condições necessárias para a sua aplicação?

A norma consuetudinária deve ser submetida à interpretação, bem como a uma pesquisa complementar, relativa ao confronto da prescrição costumeira com os critérios teleológicos objetivos da ordem jurídica na sua totalidade.

Para que a norma consuetudinária possa ser aplicada é necessária uma interpretação de sua existência (tipicidade social e sentido de valor que este traduz), bem

como uma pesquisa adicional desses dados em face da teleologia imanente ao sistema. Em primeiro lugar, impõe-se a análise da prova da obsevância, geral, prolongada e uniforme de determinados comportamentos; em segundo, a pesquisa da **ratio juris** que essa tipicidade traduz em confronto com a teleologia imanente ao sistema legal. É o que ensina Emílio Betti (28).

Trata-se, **in casu**, de interpretação especial que se baseia em prova concreta da existência de norma mais a análise da compatibilidade com o estilo valorativo do sistema legal.

O costume **praeter legem**, assim formulado, se destina a remediar a insuficiência do sistema normativo.

Os princípios gerais do Direito constituem outro método de integração das lacunas do sistema. A pesquisa desses princípios, para fins de integração normativa, está indicada expressamente na lei (artigo 4.° da Lei de Introdução ao Código Civil). Contudo, é certo que toda e qualquer tarefa de interpretação exige, necessariamente, o recurso e a invocação de um princípio geral. A interpretação é a pesquisa, no contexto sistemático de cada instituição, do princípio axiológico aplicável à espécie. Não pode ser realizada sem a ajuda dos princípios gerais do Direito. Eles se encontram subjacentes aos preceitos normativos, reaparecendo por ocasião da tarefa interpretativa.

O critério de gradação (analogia, costumes, princípios gerais do Direito) não deve e nem pode ser seguido. Todo e qualquer método conduz, invariavelmente, aos princípios gerais do Direito. Com efeito, aplicando a analogia, o juiz está, necessariamente, acolhendo um princípio geral e resolvendo eqüitativamente o litígio. Reconhecendo o costume, o juiz, também, está inserindo no sistema norma que se harmoniza aos esquemas valorativos legalmente consagrados.

Isto posto, devemos considerar duas questões: uma relativa à natureza e outra relativa à identificação desses princípios. Entendemos por princípios gerais do Direito princípios, de natureza axiológica que informam as instituições, os ramos e o próprio sistema legal. Constituindo diretrizes e pilares de todo o ordenamento jurídico, eles mantêm sob sua dependência todas as normas particulares que formam as instituições, a coordenação destas nos ramos e o congraçamento destes no sistema.

Participamos da concepção jusnaturalista dos princípios gerais. Del Vecchio assevera que a expressão "princípios gerais do Direito" se refere aos preceitos do Direito Natural (29). No mesmo sentido, ensina Alfred Verdross que o fundamento ontológico do Direito Natural consiste no "desenvolvimento dos valores da pessoa humana, concebida como imagem de Deus". No entanto, "esse princípio fundamental de proteção e respeito a dignidade da pessoa humana pode ser atualizado de diferentes formas, segundo os graus de desenvolvimento da cultura dos homens" (30). Assim sendo, os princípios que inspiram o ordenamento jurídico-positivo dizem respeito à Estimativa ou Axiologia Jurídica. O critério de adoção dos "princípios gerais do Direito" assinala evidente referência aos valores que constituem sustentáculo do Direito Positivo.

Muitos preceitos do Direito Natural se inserem no Direito Positivo. Isto ocorre quando o legislador expressamente os consagra. Então, sem perder a sua própria natureza originária, tais princípios adquirem força cogente. Torna-se mesmo impossível a sistematização normativa sem o reconhecimento de critérios estimativos do Direito Natural. Tais princípios passam a constituir o Direito Positivo, adquirindo valor normativo, como preconiza Josef Esser. Os outros princípios não consagrados

continuam a ser diretrizes potenciais, que podem ser descobertas e valoradas (31). Tanto os princípios que não se acham expressamente consagrados, como os que se ramificam no Direito Positivo, podem servir de base à compreensão da norma jurídica. Aliás, assinala Betti que tais critérios de valoração imanentes ao sistema se caracterizam por "excedência de conteúdo axiológico" e graças a esta expansão constituem diretrizes e instrumentos para a interpretação.

Como se pode identificar os princípios gerais? O método preconizado pelos juristas é o da indução amplificadora, que consiste em ascender por indução das disposições particulares da lei a proposições axiológicas mais amplas, até se alcançar a base do sistema legal. Trata-se de indução completa que vai de uma enumeração suficiente de singulares ao universal. O método é, pois, diferente do da analogia, que vai do particular ao particular semelhante.

Del Vecchio demonstra que a indução amplificadora é o metodo que possibilita aferir os princípios gerais dotados de força cogente, isto é, os que se acham explicitamente consagrados.

Nesta ordem de considerações, chega-se à conclusão de que referidos princípios têm caráter normativo. São proposições normativas. Bobbio demonstra que os princípios gerais são extraídos das normas particulares, não podendo, por isso, mudar de natureza quando se ascende a certos degraus. Das normas só se podem extrair normas (32).

Assim sendo, pode o juiz elaborar a norma supletória de acordo com os princípios do Direito Natural que inspiram o sistema legal.

Por fim, cabe referir à eqüidade. Já assinalamos que a eqüidade é a justiça do caso concreto. O conceitualismo jurídico inerente aos procedimentos técnicos de tipificação não considera as exigências do caso concreto. A solução justa exige a contemplação do singular. Por isso, a eqüidade, como esclarece Preciado Hernandez, é o "critério racional que exige uma aplicação prudente das normas jurídicas ao caso concreto, tomando-se em consideração todas as circunstâncias particulares do mesmo com o objetivo de assegurar que o espírito de direito, seus fins essenciais e princípios supremos prevaleçam sobre as exigências da técnica jurídica" (33). O fundamento da eqüidade se assenta nas bases do Direito Natural. A eqüidade, relembra Recasens Siches, é a "expressão do justo natural com relação ao caso concreto". Assim sendo, é a "maneira correta de interpretar todas as leis".

Se a eqüidade é um processo recomendado para a interpretação, **a fortiori**, deve ser meio adequado para sanar as lacunas. Verificando-se carência do preceito, há injustiça resultante do trato desigual de situações que deveriam ser igualmente tratadas. Não sendo a carência sanada pelos mecanismos anteriores, deve ser resolvida pela eqüidade, já que a elisão do caso é uma situação que se atrita com os valores consagrados pela ordenação sistemática. A eqüidade permite o resguardo dos princípios axiológicos e sua conseqüente incidência sobre os casos não previstos, porque estes merecem idêntico tratamento relativamente aos casos previstos.

IV — Conclusões

Analisamos as dificuldades que são inerentes à tarefa hermenêutica. Indicamos, a seguir, as operações correspondentes à solução de cada uma delas.

A exposição revelou a **demarche** a ser percorrida para se alcançar o justo concreto a partir do sistema legal. Karl Engisch se refere à contraposição entre o **jus**

strictum (direito estrito) e o **jus aequum** (direito eqüitativo) a ser superada pela interpretação eficiente dos textos legais(34).

Segundo o pensamento do citado jurista, os esquemas normativos se apresentam de formas distintas. O sistema pode ser considerado correto ou deficiente. O direito deficiente pode ser, por sua vez, incoerente ou inacabado.

Procuremos defini-los, seguindo o pensamento de Engisch. Direito correto é sistema que contém preceitos genéricos, que se expressam em conceitos determinados, indeterminados, normativos, discricionários e cláusulas gerais. Tais preceitos podem ser aplicados através da conveniente interpretação, que deve culminar na eqüidade. Direito deficiente é o direito imperfeito, antinômico ou lacunoso. Sistema imperfeito é aquele que contém norma colidente com as aspirações de justiça; sistema incoerente é aquele no qual coexistem normas contrárias ou contraditórias; sistema lacunoso (inacabado) é aquele que contém omissões no qual inexiste um preceito que, por razões de ordem axiológica, deveria existir.

O intérprete deve atuar de forma adequada à dificuldade a ser superada. O intérprete deve resolver a dicotomia norma-caso, traduzindo sempre o direito eqüitativo.

A atuação do intérprete perante o direito correto (adequadamente formulado, mas revestido de generalidade) é a que corresponde ao seu desenvolvimento e aperfeiçoamento. A procura do **jus aequum** exige, nesta hipótese, a atuação **adjuvandi causa**, que se manifesta através dos procedimentos de interpretação semântica, sistemática e teleológica, podendo, se necessário algum acertamento entre a expressão e o pensamento, aplicar a interpretação extensiva ou restritiva. Há, ainda, atuação **adjuvandi causa** num recurso extremo. Isto ocorre quando o intérprete afasta a norma injusta e recorre aos princípios gerais do Direito.

Perante o sistema que se apresenta incorreto, deve o intérprete sanar as contradições, eliminando uma das normas. Os métodos para a escolha da norma preferencial são os que se referem ao critério cronológico, hierárquico e da especialidade. Denomina-se a tarefa do intérprete, nesta situação, de atuação **corrigendi causa**.

Para enfrentar o sistema lacunoso, o intérprete deve preencher as omissões, valendo-se dos processos de integração normativa, a saber, a analogia, o costume **praeter legem**, os princípios gerais do Direito e a eqüidade. A atuação **supplendi causa** é a que caracteriza semelhante propósito.

A **demarche** interpretativa é, em resumo, a procura da solução justa através da adaptação da lei ao caso concreto, da correção das antinomias e do preenchimento das lacunas. Papiniano já divisava tais procedimentos ao definir o **ius honorarium**. Este foi introduzido para ajudar, suprir e emendar o **ius civile. Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis propter utilitatem publicam** (35).

Como preconiza Heinrich Henkel, a interpretação deve possibilitar a conversão "direito normativo" na "jurisprudência da eqüidade"(36).

Notas

1. Sauer, Guilhermo, **Derecho Penal, Parte General**, trad. Juan del Rosal e Jose Cerezo, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1956, pág. 100.

2. Maurach, Reinhardt, **Tratado de Derecho Penal**, vol. I, trad. Juan Cordoba Roda, Ed. Aried, Barcelona, 1962, pág. 347.

3. Baumann, Jurgen, Derecho Penal, **Conceptos Fundamentales y Sistema**, trad. Conrad A. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, págs. 78/79.

4. Maggiore, Giuseppe, **Principi di Diritto Penale**, vol. I, Parte Generale, Nicola Zanichelli Ed., Bolonha, 1937, pág. 277.

5. Pescatore, Pierre, **Introduction a la Science du Droit, Luxembourg, Réimpression avec mise a jour**, 1978, pág. 197.

6. Del Vecchio, Giorgio, **Lezioni di Filosofia del Diritto**, Dott. A. Giuffre Ed., Milão, 1953, pág. 227.

7. Pescatore, Pierre, ob. cit., pág. 565.

8. Pescatore, Pierre, ob. cit., pág. 566.

9. Pescatore, Pierre, ob. cit., pág. 568.

10. Pescatore, Pierre, ob. cit., pág. 570.

11. Coing, Helmut, **Fundamentos de Filosofia del Derecho**, trad. Juan Manuel Mauri, Ed. Ariel, Barcelona, 1976, pág. 272.

12. Carnelutti, Francesco, **Teoria General del Derecho**, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, pág. 76.

13. Trabucchi, Alberto, **Istituzioni di Diritto Civile**, 27.ª ed., Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1983, págs. 35/36.

14. Gavazzi, Giacomo, **Elementi di Teoria del Diritto**, G. Giappichelli Ed., Torino, 1970, págs. 45/47.

15. Foriers, Paul, **Les Lacunes du Droit, in** Le Problème des Lacunes, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Bruxelas, 1968, págs. 9 e segs.

16. Verdross, Alfred, **Derecho Internacional Publico**, trad. Antonio Truyol y Serra, Aguilar Ed., Madrid, 1973, págs. 15/26; idem **La Filosofia del Derecho del Mundo Occidental**, trad. Mario de la Cueva, Centro de Estudios Filosoficos, Univ. México, 1962, págs. 369/385.

17. Ziembinski, Zygmunt, "Les lacunes de la loi dans le systeme polonaise contemporaine et les méthodes utilisées pour les combler", **in** Le Problème des Lacunes en Droit, págs. 129 e segs.

18. Pescatore, Pierre, ob. cit., pág. 300.

19. Canaris, Claus Wilhelm, De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en Droit allemand, **in** Le Problème de Lacunes, págs. 161 e segs.

20. Recasens Siches, Luis, **Nueva Filosofia de la Interpretación del Derecho**, Ed. Porrua S.A., México, 1973, págs. 260/264.

21. Nawiasky, Hans, **Teoria General del Derecho**, trad. José Zafra Valverde, Ed. Rialp, Madrid, 1962, págs. 204/205.

22. Maritain, Jacques, **Élements de Philosophie, L'Ordre des Concepts, Petite Logique**, Libraire P. Téqui, Paris, 1946, págs. 334/338.

23. Telles Jr., Goffredo, **Tratado da Conseqüência**, Bushatsky Ed., 1962, págs. 306/308.

24. Kalinowski, Georges, **Introducción a la Lógica Jurídica**, trad. Juan A. Casaúbon, Ed. Univ. de Buenos Aires, 1973, págs. 170 e segs.

25. Engisch, Karl, **Introdução ao Pensamento Jurídico**, trad. J. Batista Machado, Fund. Calouste Gulbenbian, Lisboa, 1964, págs. 236/238.

26. Del Vecchio, Giorgi, ob. cit., págs. 227/230.

27. Correia, Alexandre e Sciascia, Gaetano, **Manual de Direito Romano**, 4.ª ed., Saraiva, 1961, pág. 22.

28. Betti, Emílio, **Interpretación de la Ley y de los Actos Juridicos**, trad. José Luiz de los Mozos, Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1975, págs. 246 e 306.

29. Del Vecchio, Giorgi, ob. cit., págs. 227/230.

30. Verdross, Alfred, **Filosofia del Derecho del Mundo Ocidental**, já cit., págs. 369/375.

31. Esser, Joseph, **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**, trad. Eduardo Valenti Fiol., Bosch Ed., Barcelona, 1961, pág. 171.

32. Bobbio, Norberto, **Teoria dell Ordinamento Giuridico**, G. Giapichelli Ed., Torino, 1960, págs. 179/184.

33. Preciado Hernandez, Rafael, **Lecciones de Filosofia del Derecho**, Ed. Jus, México, 1970, págs. 230/231.

34. Engisch, Karl, ob. cit., pág. 172.

35. Iglesias, Juan, **Derecho Romano**, 6.ª ed., Ed. Ariel, Barcelona, 1958, págs. 105/107.

36. Henkel, Heinrich, **Introducción a la Filosofia del Derecho**, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Ed. Taurus, Madrid, 1968, págs. 527/539.